✠

POR

EL DOCTOR D. CHRISTOVAL de Pedrosa, y Luque, Medico, como marido de Doña Melchora de los Reyes.

EN EL PLEYTO

CON JUAN DE VARGAS, TODOS vezinos de Sevilla.



VIENDO PERDIDO DOñA Melchora de los Reyes este pleyto en via executiva, y en el recurso de injusticia notoria, y apelacion, que interpuso de la sentencia de remate, à que con la llave maestra de su tratado de fuerças, abriò puerta el señor Salgado *de Reg. protect. p. 3. cap. 9.* vbi sic incipit, *clauis est totius tractatus, huius capitis materia*, por ser el remate contra las leyes expressas de Derecho comun, y del Reyno (quæ infra ad literam referam *n. 21. & seqq.*) post Gutierrez, Rodriguez, Carrasco, & alios. Ha passado aora por su orden, aviendo pagado la cantidad del apremio; y porque no imagine nuestro Medico, que el pleyto se perdiò por mal curado, aviendose echado quando me hallava ocupado en otra Sala; y porque aora no suceda lo proprio, he resuelto escrivir estos breves apuntamientos, en que se manifieste mas clara su justicia, pues para esso son las manos, *manus datæ sunt hominibus, vt melius loquantur,* per

1. *Apelar se puede de sentencia de Remate por injustic ia notoria y quando es contra ley.*

perorabat Cicero *pro A.Cæsin.num.57.*

2. El hecho puntual se reduce à que siendo Doña Melchora muchacha donçella de edad de diez y nueve años, arrendò de por vidas vnas casas por seiscientos reales cada año, y se obligò à pagar los trecientos à la Casa de la Misericordia, y otros trecientos al Hospital del Cardenal, sin jurar el contracto, ni mas autoridad, ni solemnidad, que su obligacion simple, y la de Juan de Vargas su fiador, el qual pagò, y lastò ochocientos y ochenta y ocho reales, y por ellos executò à Doña Melchora con recados bastantes.

Refierese el hecho de este pleyto en este numero, y el siguiente.

3. Ella se opuso à la execucion, y en los diez dias de la ley probò su menor edad al tiempo del contracto, dolo, y lesion, que en èl intervino en mas de la mitad del justo precio, y que no avia sido citada, ni llamada à la defensa por su fiador, en el pleyto executivo que contra èl siguiò la Casa de la Misericordia, y que al Hospital del Cardenal avia pagado voluntariamente, y no avia opuesto las excepciones Reales, ni llamado al pleyto à Doña Melchora, para que opusiesse las personales, que le competian, por lo qual pedia *restitucion in integrum in vim exceptionis*, aora que llegava à su noticia, y la jurava, de que se diò traslado, y no se respondiò cosa alguna, ni se hizo otra diligencia, ni probança en contrario, MAS QVE PASSADOS LOS DIEZ DIAS PEDIR SE VIESSEN LOS AVTOS. Y vistos por el Juez Ordinario, sentenciò la causa de remate, de q̃ (aviendo pagado Doña Melchora) ha apelado, *ex l.19.tit.21.lib.4.recop.* y està el pleyto cōcluso sobre cōfirmar, ò revocar esta sentēcia.

4. De este hecho se puede discurrir, aunque en el pleyto no ay alegaciō de la otra parte, que lo demuestre, que el Juez inferior debiò de fundarse en las reglas, y principios generales, de que los menores se pueden obligar *ipso iure, tam ciuiliter, quam naturaliter*, siendo mayores de catorze años, y no teniendo tutor, ò cu-

Los menores pueden obligarse eficazmente, è intervenir por ellos fiador.

curador, *l. 1. in fine ff. de nouation.* & ibi communiter DD. *& glossa*, in illis verbis: *Vt puta si pupillus sine tutoris authoritate promisserit. L. si curatorem habens 3. C. de in integr. restit. minor.* Y asi en estas obligaciones de menores puede intervenir fiador *ex l. Marcellus 26. ff. de fideiussorib.* Ant. Gom. *tom. 2. var. cap. 14. num. 1.* & ibi cum multis Ayllon.

Y que aunque sea tambien cierto, que contra estas obligaciones de menores, siendo lesos, les competa la in integrum restitucion, ex ipsa *lege si curatorem habens 3. C. de in integr. restit. & toto tit. ff. eod. cap. constitutus 8. extra eod. l. 9. tit. 11. p. 5. & tot. tit. fin. p. 6.* Ant. Gom. *vbi sup. n. 1.* vers. *aduertendum tamen.* Todavia en este caso por averse intentado este remedio fuera de tiempo, cinco meses despues del quadriennio, que debe ser continuo, y computarse à die, quo est lapsum tempus viginti quinque annorum, *ex l. fin. C. de temporib. in integrum restit. petend. l. 8. tit. fin. p. 6. cap. 1. de in integr. restit. in 6. clement. 1. eod.* Ant. Gom. *vbi sup. nu. 7. & 8.* & ibi Ayllon *num. 8.* cum pluribus alijs. No puede obstar la restitucion, que Doña Melchora ha pedido.

5. *Competeles el remedio de la restitucion, dentro del quadrienio, despues de cumplidos los 25. años.*

Tambien pudo moverle la consideracion piadosa de que el fiador pagò apremiado, sin averlo embarazado la principal, que es la misma que pondera Antonio Fabro *in suo codice lib. 8. tit. 28. de fideiussoribus diffinit. 20.* ibi: *Cæterum quid imputari potest fideiussori, qui coactus soluit, non prohibente eo, cuius erat persecutionem crediti, atque ita solutionem inhibere?* Y por esta, y otras razones de congruencia, resuelve, que el menor debe satisfacer à su fiador, que por el lasto, sino es que aya alguna causa justa para denegarle la accion mandati, que le compete, como si fiò animo donandi, *ex l. 5. de liberat. legat.*

6. *Opinion de Fabro en su Codigo, de que el fiador del menor tiene contra el accion por lo que lastare.*

Todo esto es quanto se puede adelantar la materia en defensa de la sentencia de remate por la otra

7. *Lo contrario es cierto. y las difiniciones de*

par-

Fabro no son muy seguras, y la de este pleyto contra leyes claras del derecho comun, y del Reyno.

parte. Sed ò Bone Deus! Quanta *post Solem solent iudicari negotia nocte*. Ideoque Vates cecinit: *Habent sua syderalittes*. Y assi, Señor, en el Tribunal superior de esta Real Audiencia donde todo se ve, y juzga en el dia claro, en que preside, y resplandece el Sol, no pueden tener los pleytos estrella, que no sea la qne guie al Puerto seguro de la Justicia, y siendo tan evidente la de esta parte por textos claros de derecho comun, que Fabro no cita, y contra ellos por razones de congruencia, y commiseracion, y contra los nuestros del Reyno, que no pudo conocer como estrangero, de quibus *infra à num.21. & seqq.* no se debe hazer caso desta doctrina. Siendo bien peligrosas sus difiniciones, que despues en otra impressiõ del año de 620. emẽdò, vt videre potest *in eod. lib.8. tit.38. de reuocand. donat. diffinit.21.* donde despues de la decission del Senado, sic ait: *Postea tamen aliter iudicatum est me præside*, & infra *num* 8. ibi: *Mihi tamen, vt dicam, quod sentio, valdè suspecta est hæc deffinitio*. & sic passim in alijs deffinitionibus eiusdemmet Codicis Fabriani.

8. Satisfacese al principio general de que los menores pueden obligarse, con que para esso vino el remedio de la restitucion aduersus contractum, vel adversus pretium.

Y antes que entremos en lo especial de nuestro caso, con los textos, que expressamente, y sin controversia favorecen la justicia de Doña Melchora, cõtra quien no tiene accion alguna su fiador por lo que ha lastado, y le obsta la restitucion in integrum, que se le ha opuesto por excepcion, vt infra probabimus *d. num.21. cum seqq.* He discurrido satisfazer primero à los principios generales, que parecen contrarios con la inteligencia, limitaciones, y practica vulgar que tiene, hoc est, que aunque (vt dixi *supra num.4.*) efficaciter obligentur minores: adhuc les compete el remedio de la restitucion in integrum, con la distincion de que si el contrato de empcion, y vendicion, locacion, y conduccion, ò otros semejantes, no convienen en manera alguna à los menores, *restituuntur contra ipsum contractum. & pro non facto habetur*, y si solo hubo lesion

en

en el precio porque se vendiò, ò conduxo en mas de lo que valia la cosa, *restituuntur aduersus prætium, ex l. 1. & per tot. C. aduersus vendit.* Ant. Gom. *d. cap.* 14. *num.* 1. vers. *aduertendum tamen.*

Aunque no es muy recibida esta distincion de Antonio Gomez, y se ha tenido por mas seguro, que no queriendo el menor, ya mayor, passar por el contracto, etiam que no le sea dañoso, y pide su nulidad, ò por defecto de solemnidad, vt probat Barbosa *in colect. in d. cap. constitutus* 8. *de in integr. restit. tom.* 1. *num.* 1. ò por falta de juramento, ex textu expresso *in l.* 59. *tit.* 18. *p.* 3. authoridad de Curador, ò licencia de Juez, Morla *in emporio iur. p.* 1. *tit* 5. *quæst.* 1. *num.* 21. obtendrà llanamente declarandose por nulo el contracto, vt probat (asserens hoc in conscientia debere practicari) Scaccia *de commertijs* §. 1. *q.* 1. *sub n.* 508.

9. *Lo mas cierto es, que siempre que los menores sienten en daño se restituyen anulandose el contracto, y no aduersus pretium, præcipue auiendo defecto de solemnidad, y juramento.*

Y siempre indistinctamente, que el menor, ò la Iglesia, sienten daño, *admituntur ad recisionem contractus, & non ad suplementum pretij*, vt probat idem Morla *d. tit.* 5. *q.* 1. *num.* 30. donde refiere la opinion contraria *à num.* 1, posteaque *à num.* 13. lleva la favorable à los menores, de qua etiam Barbosa *in colect. ad cap.* 1. *de in integrum restit. num.* 10. *d. tom.* 1. & in *eod. cap.* 1. acerrimè D. D. Eman. Gonçelez *num.* 13. *tom.* 2. *lib.* 1. *decretal. tit.* 41. vbi benè soluit contraria.

10. *Compruebase mas lo referido, & soluuntur contraria.*

Y en quanto al quadriennio es tambien constante, que aunque passado, no se puede intentar la in integrum restitucion, *vt supra num.* 5. esto es quando se pide *principaliter* per viam actionis, mas no quando *incidenter*, como en nuestro caso, per viam exceptionis, quia tunc durat perpetuo, por el axioma vulgar de que *ea quæ sunt annalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, ex textu *in l. Purè ff. de doli exceptione*, Barbosa *axiomate* 28. & in nostra specie Idem *in colect. l. fin. C. de temporib. restit.* Ayllon ad Gom. *d. cap.* 14. *num.* 8. cum Morla, & alijs probat, quod si adsit probabilis igno-

11. *No obsta el lapso del quadriennio, quando se opone la restitucion excipiendo.*

ignorantia, vel legitimum impedimentum durat hoc remedium post quadriennium ex rationabili causa, *& num.9.* concludit cum Hermosilla *in l. 4. tit. 5. p.5. glosa* 12.*num.*11.& Carleval, *de iudit. tom.2. tit.3. disp.16.num.9.* Quod quando opponitur excipiendo hoc benefitium habet locum prædictum axioma, de que *annalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, y dà la razon Carleval *num.*10. ibi: *Quia tunc non potest imputari ei, cui competit cur remedio suo vsus non fuerit, cum non fuerit in sua potestate an aduersarius agat, & occasionem ei præstet se deffendendi, & suam exceptionem proponendi, ex l.petendæ C. de tempor. in integr. rest.* Y el mismo Ant. Gom. trae esta limitacion *d. cap. 14. num.7. & 8.*

12\. *Es peecisso en las obligaciones de menores el juramento, y que el fiador sea rogado del menor, y otras solemnidades de la ley del Reyno.*

Esto supuesto, y que no se duda, que pueden los menores en algunos casos contraer, y obligarse, y dar fiadores, tampoco se puede dudar la practica de que en las escrituras de estas obligaciones, y fianças, demas de las solemnidades de licencia de Juez, y otras que se requieren, es precisso en ellas *el juramento de los menores*, como lo dispone la ley del Reyno 59. *tit.*18. *de las escrituras p.*3. Y conforme à ella el fiador debe declarar, que *à ruego del menor*, se obliga en la forma, y con las renunciaciones que la ley expressa, taliter que faltando estos requisitos serà nulla la obligacion principal, y por el consiguiente la fideiussoria, cum certum sit fideiussorem accedentem contractui nullo minimè obligari *l. cum lex* 47. *ff. de fideiussoribus.*

13\. *Por mas nueva ley se prohiben los contractos de menores, y fianças con penas à los Escrivanos, y Corredores, aunque sean jurados.*

Y en caso menos rigoroso que el nuestro (en que ay daño futuro de la renta vitalicia que corre, y tiene tracto succesivo) sino solo de ventas de mercaderias, ò cosas muebles, ò prestamo de dinero à menores, aunque intervengan fiadores oy por derecho mas nuevo del Reyno se anula todo, aunque sea con juramento con penas à los Escrivanos, y corredores, por aquella ley (que en ella dixo Azevedo ser tan larga como

mo el §. *Calimachus de la l. qui Romæ ff. de verb. oblig.*) quæ est *l.22.tit.11 lib.5. nouæ recop.* ibi: *Y qualesquier contractos, y fianzas, y seguridad, y mancomunidad, que sobre ello se ficiere, y ordenaren con qualesquier clausulas, y firmezas en qualquier manera, todo sea ninguno, y por virtud de ellos no se pueda pedir en juizio, ni fuera dèl en ningun tiempo cosa alguna à los dichos hijos familias, y menores, ni à sus fiadores, ni principales pagadores, ni otras qualesquier personas, que por ellos se obligaren, ò en su nombre lo sacaren, y tomaren, y sean libres de todo ello, &c.* Y asi por esta ley generalmente no se practica ya la via executiva contra menores, vt concludit D. Vela *disert.23.num.34.& seqq.vsque ad 40.* aunque sea por conocimiento reconocido en presencia de Curador.

Ex his sequitur, que Juan de Vargas fiador no debiò pagar, como pagò voluntariamente al Hospital del Cardenal, y que aviendole executado la casa de la Misericordia, se debiò defender oponiendo todas las excepciones Reales, que competian al menor principal obligado, de que tambien se puede valer el fiador, y le aprovechan, como son las causadas *respectu rei*, vt rei iudicatæ, solutionis, præscriptionis, nouationis, *iuris iurandi*, pacti de non petendo, non numeratæ pecuniæ, *doli*, metus, vel *similes*, vt ex textu *in l. exceptiones quæ ff. de exceptionibus*, & ibi glossa, & communiter DD. probat Anton. Gomez *d. tom.2. var. cap. 14. num.9.*

14. *El fiador debe defenderse oponiendo las excepciones reales que competen al menos.*

Y aunque funda tambien en este lugar Antonio Gomez, y muchos que en èl junta Ayllon, que las excepciones personales causadas *respectu personæ*, & *minoris ætatis*, no competen al fiador, ni puede valerse de ellas, por lo menos debe cerciorar del estado del pleyto al principal, llamandole à la defensa, y no aviẽdolo hecho, puede el principal convenido por su fiador que lastò (*siue actione mandati, siue cessis, sibi iuribus*)

15. *Y llamar a la voz, y defensa del pleyto al menor, para que oponga las personales.*

bus) repelerle imputandole culpa en su omission de defensa, *ex l. si fideiussor 29. cum suis* §§ : *ff. de fideiussorib.* *l. 15. tit. 12. p. 5.* & ibi D. Gregor. *glos.* 10. vbi etiam comprobat, quod si fideiussor non cercioravit principalẽ, vt sua vteretur personali exceptione, non potest contra eum agere fideiussor, *ex l. idemque* 10. §. *generaliter ff. mandati.* D. Olea, *de cess. iur. & act. tit. 5. q. 5. nu.* 48. omnino videndus, y se cita tambien *in eod. tit. 5. q. 14. num.* 9. vbi ad aliã rem, & non extra nostrum propositum, iterum affert *præd. leg. si fideiussor.* 29. ff. *de fideiussorib.*

Y omitiendo esto el fiador no tiene accion para executar al principal, y puede ser repelido.

16. *Y comete dolo pagando sin cerciorar al principal.*

Este texto llamò dissoluta la negligencia del fiador, que sabiendo las excepciones reales que nacen del mismo instrumento, y dolo que se padeciò en el contracto (pues las casas no valen la mitad, como se ha comprobado sin cosa en contrario) ni lo opuso, ni avisò à Doña Melchora para que lo opusiera, *& quidem si sciens prætermisserit exceptionem vel doli, vel non numeratæ pecuniæ, videtur dolo versari. Dissoluta enim negligentia prope dolum est.* Y aunque el §. *non male* 1. *eiusdem l. 29.* escusa deste dolo al fiador en la ignorancia de hecho ageno, le condena en quanto à la de derecho ibi: *Si vero ius, aliud dici debet*, y en todo caso *el* §. 2. lo constituye en dolo, pagando lo que no debia pagar el principal, sin cerciorarlo, ibi: *Et credo si cum posset reum certiorare non fecit opportere mandati agentem fideiussorem repelli.* Y el señor Gregorio Lopez tubo por singular la *l. 15. citada tit.* 12. *p. 5. gloss.* 9. en quanto à que no perjudica al fiador no vsar de la excepcion personal del principal; y assi en la *glossa* 10. lo limitò, *nisi habuit facultatem certiorandi, & conueniendi reum, & non fecit, ex d.* §. *generaliter.*

17. *Por no auer cerciorado al principal en este pleyto, no opuso sus excepciones, que todas son legales.*

Competianle à Doña Melchora, para no pagar esta renta vitalicia, porque executò à su fiador la Casa de la Misericordia, las excepciones reales de dolo, y lesion enormissima, que son de los diez dias, vt probat

bat Azevedo *in l.1.tit.21.lib.4.recop.num.158.* Y justificandose en ellos sin prueba contraria que la ofusque, se admite, Hermosilla *in l.56.tit.5.p.5.gloss.fin.num.161. & vlt.* D.Vela *disert.14.num.14.* Y en terminos de locacion, y conducion la *l.1.tit.11.lib.5. nouæ recop.* & D. Larrea *tom.2. decis.71. per tot.* y esto etiam inter maiores, y por menor las de defecto de solemnidad, y juramento en la escritura, y la personal del remedio de la restitucion *in integrum*, por su menor edad. Y de las primeras debiò, y pudo vsar el fiador sin controversia respectu rei, y para que le aprovechasse la otra respectu personæ adversus creditorem, debiò hazer saber el estado del pleyto à Doña Melchora, vt probat Dueñas *Regula 330.num.4.*

Porque aunque fue question reñida entre los antiguos, *an fideiussore conuento, debeat comparere in iuditio minor tanquam deffensor necessarius pro ipso fideiussore, & petere restitutionem in integrum,* que affirmatiuè defendiò Bartulo *in l. Stichum §. quod vulgo ff. de solution.* y Alexandro, Cumano, Jasson, y otros, quos reffert Dueñas *d.num.4.* llevaron la contraria, dicentes, quod hoc casu minor non est deffensor necessarius, quia ista non est necessaria deffensio, spectans ad minorem, *cum nullo casu habiturus est regressum contra eum, & semper minor ipse poterit petere restitui aduersus fideiussorem ex l.1.C.de fideiussor.minor.* de qua *infra num.26.* Ergo ipsius minoris non interest capere deffensionem pro ipso fideiussore, & quod Bart. non considerauit contrarium fundamentum *ex d.l.1.* sin embargo concluye Dueñas, *ex d.l.idemque 10 §. generaliter ff. mandati,* en que si llamado el menor à la defensa sale al pleyto aprouechã al fiador las excepciones, etiam personales, del menor; pero que no aviendole citado totalmente pierde la accion mandati el fiador, que teniendo facultad de convenir, y llamar à juyzio al principal para que le defendiesse *suo, vel procuratotio nomine.* no lo hizo.

18. *Refierese la question de si el menor debe necessariamente salir à defender à su fiador, y en que caso le aprovecha la excepcion personal.*

19. Esto mismo en terminos de fiador de menor defiende Graciano *discept. forens. lib. 1. cap. 12. num. 6. & 7.* Vbi concludit, quod quando fideiussor non habet regressum contra minorem, non debet minor præcisè assumere causæ deffensionem, & *num. 11. & 12.* respōdet opinioni Bartoli *in d. §. quod vulgo.* Asserens esse reprobatam, y trae los mismos fundamentos de Dueñas, sin citarlo, y Pedro Barbosa *in l. Maritum 13. ff. soluto matrim. tom. 2. num. 87. & 88.* Dize tambien, que Bartulò hablò en caso, que el fiador pueda tener regresso contra el menor, y que en estos terminos sigue su doctrina Sfortio *tract. de in integr. restit. p. 1. q. 48. num. 34.* Y es buen lugar el de Iranzo *de protestat. cap. 45. nu. 34. & seqq.* vbi de exceptione personali competenti principali, quod si fideiussor protestetur, denuntiet, & interpellet eum, vt assistat deffensioni, & assumat in se prædictam deffensionem, tunc prodest fideiussori. Y al contrario aun las excepciones, que no competen al principal, pueden aprouechar al fiador, y las puede oponer etiam inuito, & reluctante principali, vt bene probat D. Castillo *lib. 4. controu. cap. 14. num. 38. & seqq.* vbi *num. 41.* cum Surdo, inquit, *quod fideiussor potest assumere deffensionem causæ principalis, atque illi assistere, tamquam necessarius deffensor, ex d. l. idemque 10. §. generaliter ff. mandati.*

Caso, que el menor no salga à la defensa puede siempre el fiador vsar de todas sus excepciones, aunque no las oponga, ò no quiera oponerlas el principal.

20. Pero mejor en el mismo *tom. 2.* Pedro Barbosa *in l. quia tale 14. ff. solut. matrim.* donde propone *al num. 51.* dos conclusiones. Prima, *quod restitutio minoris, quoad effectum transmissionis, assumit naturam simplicis realis,* ad intellectum *l. minor autem 19. §. fin. ff. de minorib.* vbi restitutio prodest successoribus minoris, etiam si successores maiores sint, que tambien prueba Dueñas *d. reg. 330. num. 5.* de qua nunc tractare non est necesse. Secunda, *quod quoad commodum fideiussoris assumit naturam simplicis personalis,* ad intellectum *l. 2. C. de fideiussorib. minor.* Y explica esta segunda conclusion à

Siempre el fiador del menor sin aver menester recurrir al remedio de la restitucion puede valerse del de la nulidad ex dolo.

num.

num.67.vsque ad 70. donde trata Barbosa de la excepcion de dolo, que diò causa al contracto del menor, llevando que es nullo respectu rei, sin ser necessario valerse de la restitucion in integrum; y que el fiador convenido puede defenderse ope exceptionis, ò como mas vtil le pareciere de esta nulidad, de forma que el remedio ordinario, ayudado del extraordinario mas pingue de la restitucion, le libre, como huviera sucedido sin duda si assi lo huviera executado Juan de Vargas, y Doña Melchora le huviera ayudado, si fuera cerciorada del litigio, y llamada à èl. Pues ipso iure deffensio competens reo, competit, & obligato pro eo, *l.tam mandatori C.de non numerata pecunia l. si stipulatus in fine ff.de fideiussorib.* D. Castillo, *vbi sup.d.num.*38. vbi etiam comprobat certi iuris esse fideiussorem posse vti omnibus exceptionibus, & defensionibus, quæ competunt principali *ex l.2.C.quæ res pignori.l.omnes ff. de except.l.constitutionibus c.de vsuris*, aunque esto se debe entender en la forma que queda distinguido, *supra nu.* 14. *&* 15. ò vsando el fiador del remedio de la nulidad, vt probat Barbosa, *à d.num.67.& seqq.*

Ex his enim iam deuenimus ad specialitatem nostri casus, y estamos en el empeño de defender lo que se ofreciò *supra num.*8. de que Juan de Vargas no tiene accion alguna contra Doña Melchora de los Reyes, por lo que como su fiador ha pagado, y que contra èl le compete el Beneficio de la restitucion por los textos, que assi lo deciden sin duda, ni controversia alguna. Y son clarissimos los del derecho comun, y mucho mas evidentes los del Reyno. Oìgalos V. S. esta vez, sobre las muchas que los tiene vistos.

21. *Defiendese por conclusion cierta, que el fiador del menor no tiene accion contra èl por lo que lasta.*

El primero, es la *l.14.ff.de minoribus*, que dize assi: *In causæ cognitione versabitur, vtrum soli ei succurrendum sit, an etiam ijs, qui pro eo obligati sunt, vt puta fideiussoribus. Itaque si cum scirem minorem, & ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est æquum fideiussori in ne-*

22. *Si el acreedor no quiso seguir la fee del menor, y otro le fiò, no se debe socorrer al fiador en daño del acreedor cauto, pero al fiador se le deniegala accion.*

necem meam subueniri. SED POTIVS IPSI DENEGANDA ERIT MANDATI ACTIO.

23. *Aunque Vlpiano dexò bastantemente resuelta esta question, todavia la examinò mas en el §. siguiente.*

Y aunque Vlpiano en esta ley en que trata del conocimiento de causa de menores, que se valen del remedio de la restitucion in integrum (*de quo antea lib. 11. ad edictum in l. verum 12. §. sciendum ff. eod.* egerat, *& quod minoribus competit, si capti esse probentur, vel ex incõsulta facilitate obligentur*) dexò bastãtemẽte resuelta la question denegando la accion al fiador, à quien dize no debe socorrerse contra el acreedor cauto, que no satisfecho del menor, se asegurò con la fiança, todavia la quiso examinar mas, *in §. 1. eiusdem l. in causæ* 14. vt aduertit *glossa*, verbo *in Summa*, ibi: *Licet supra sit soluta quæstio, adhuc tamen examinat.*

24. *Suponiendo el Consulto, que el menor no està obligado, ni al acreedor, ni al fiador, pregunta, à qual de estos dos debcrà socorrer el pretor? y resuelve, que al acreedor cõtra el fiador, que se tiene por persuasor para cõtraer con el menor, y que à este le compete la restitucion contra ambos.*

En este §. 1. dize asi el Jurisconsulto Vlpiano: *In summa perpendendum erit prætori cui potius subueniat: Vtrum creditori, an fideiussori*: NAM MINOR CAPTVS NEVTRI TENEBITVR. *Facilius in mandatore non debere ei subuenire, hic enim velut affirmator fuit, & suassor, vt cum minore contraheretur; vnde tractare potest vtrum minor in integrum restitutionem aduersus creditorem, an & aduersus fideiussorem implorare debeat*, ET PVTO TVTIVS ADVERSVS VTRVMQVE.

25. Idemque Vlpianus *d. lib. 11. ad edictum in l. Marcellus 26. ff. de fideiussorib.* vbi de fideiussoribus pupilli loquitur, præstat huius rei rationem, ibi: *Quoniam his mandati actio non competit.*

26. *Lo mismo por derecho del Codigo.*

Ex iure Codicis clarius fauentur minores aduersus eorum fideiussores, si contra eos auxilio restitutionis in integrum iuvari se vellint, *in toto tit. C. de fideiussoribus minor.* vbi *l. 1.* sic se habet: *Sed ea res fideiussores, qui pro te interuenerunt excusare non potest: quare mandati iuditio, si pecuniam soluerint, aut condemnati fuerint conuenieris*, MODO SI EO QVOQVE NOMINE RESTITVTIONIS AVXILIO NON IVVAVERIS.

Y

Y la *l.* 2. *eod.* habla de menor muger que vendiò con decreto, y autoridad judicial ciertas possessiones (en que no suelen ser tan faciles las mugeres, como en hipotecar, ò pignorar, §. *accidit inst. quibus alienari licet, vel non*) y aviendose valido, y sido ayudada del remedio de la restitucion por su menor edad, y fragilidad del sexo, aunque dize el texto, que el fiador, que avia dado, queda sugeto à la obligacion, lo exceptua, *ex iure manifesto*, en caso de concederse la restitucion *dolo aduersarij*, que entonces dizen los Emperadores se debe tanto favorezer à la menor, como à su fiador, y esta es la primera limitacion de nuestra regla, que trae Dueñas, *d. reg.* 330. *num.* 1. favorable en cierto modo al fiador, pero en nada obstante à la menor, pues por el texto siempre queda bien.

27. *Salvo si huvo dolo en el acreedor, dexandose vencer sobre la nulidad del contracto, para proceder contra el fiador, que entonces por derecho manifiesto, tanto se debe socorrer al menor, como à su fiador.*

Iure vero Hispano nulla in hoc nostro speciali casu remanet dubitatio, *ex l.* 4. *tit.* 12. *de las fiaduras p.* 5. ibi: *Fiando algun home à moço, que fuesse menor de veinte y cinco años. Si à tal menor, como este fuesse fecho engaño, sobre lo que es fecha la fiadura, non es tenudo el menor, nin el que lo fiò en quanto montare el engaño, ante decimos que debe ser desfecho.* MAS SI EN AQVELLA COSA, O EN AQVEL PLEITO, SOBRE QVE ERA DADO EL FIADOR NON FVESSE FECHO ENGAÑO, COMO QVIER QVE EL MOZO SE PODRIA AYVDAR DEL DERECHO, QVE LES ES OTORGADO POR RAZON, QVE ES DE MENOR EDAD, DESATANDO LA POSTVRA, O EL PLEITO, PORQVE FVERA FECHA A DAÑO DEL, CON TODO ESSO EL FIADOR FINCA OBLIGADO, PARA CVMPLIR LA FIADVRA MAGVER NON QVIERA, E NON SE PODRIA ESCVSAR DE LO FACER POR TAL RAZON COMO ESTA. E DEMAS SI PECHARE ALGVNA COSA EN ESTA MANERA NON LA PVE-

28. *Por el derecho del Reyno se decide mas claro todavia à favor del menor.*

DE DEMANDAR AL MENOR. Idemque defendit D. Greg. Lopez *in l.59.tit.18.p.3.glossa 8.* verbo, *de tal menor*, hoc nostro iure Regio partitarum, etiã que ex noua recop. *d.l.22.tit.11.lib.5.*

29. *Por leyes, y no por exẽplos se debe juzgar.*

Contra textos, y disposiciones tan claras de todos derechos, vease aora, si avrà quien siga à Fabro en su codigo, de que hizimos mencion *supra num.* 6. por razones de congruencia, y commiseracion, contra nuestra regla, y textos claros de ella, à que queda satisfecho *supra num.7.* Y que en terminos de vna decisiõ del Senado de Saboya, que solo tendrà fuerça de exemplar, aviendo leyes, especialmente del Reyno, se debe estar à ellas, y no à exemplos, *l.nemo C.de sent. & inter locut.* Ademàs de que Fabro habla en caso de pagar el fiador coacto, sin embarazarlo la menor principal, inhibiendo, ò contradiziendo el apremio, que aqui no ha succedido tal, pues con la Casa de la Misericordia no se defendiò, y al Hospital del Cardenal pago voluntario, sin hazerlo saber antes, ni despues à Doña Melchora, hasta que la executò en este pleyto.

30. *Como las mugeres son faciles en obligarse, deben ser faciles los señores Juezes en socorrerlas.*

Y si esto se huviera de governar por razones de commiseracion las ay mayores por las mugeres, cuya facilidad en obligarse pondera el señor San Ambrosio, *in cap. Adam 18.33.q.5.* ibi: *Ne iterum fæminea facilitate labatur.* Etiamque Imperator Iustinianus *in auth. de æqualit. dot. §. his consequens circa finem.* ibi: *Infirmitatem namque muliebris naturæ satis nouimus, & quia facile circunuentiones fiunt aduersus eas*, y assi Tiberio Deciano *vol.3. respons.32. num.7.* dize que los Señores Juezes han de ser tambien faciles en amparar las mugeres, ibi: *Iudices faciles esse debent in infringendis contractibus mulierum, quia facile decipiuntur.* Y explica esto bastantemente la Glossa *in cap. forus de verb. sign.* en este disticho:

Quid leuius fumo? Flamen. Quid flamine? Ventus.
Quid vento? Mulier. Quid muliere? Nihil.

Ex

Ex quibus omnibus, espera esta parte la revocacion de la sentencia del Juez Ordinario, y que se le restituya su dinero, y costas. Porque aunque en la instancia de esta Real Audiencia, Juan de Vargas ha alegado, que quien debe hazer la restitucion es la Casa de la Misericordia, y de su pedimento se le hizo saber en su Cabildo el estado de este pleyto, à quien pide, y debe pedir Doña Melchora es à Juan de Vargas, que sin acciõ cobrò endebidamente de ella, *ex dictis iuribus*. Salva V. D. C. Sevilla, y Enero à 16. de 1690.

Lo. D. Andres de Velasco.